
L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés

Marianne Gourcuff



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/779>

DOI : 10.4000/revdh.779

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2014

Référence électronique

Marianne Gourcuff, « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 26 mai 2014, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/779> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.779>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés

Marianne Gourcuff

- ¹ C'est souvent à partir d'une posture critique que l'on évoque le néolibéralisme en sciences sociales. Ce concept est alors utilisé dans un cadre polémique, faisant référence aux excès du capitalisme sans limites, versant dangereux d'une mondialisation non contrôlée. Il semble toutefois nécessaire, avant de prétendre y consacrer une rapide étude, d'en préciser les contours. La plupart des auteurs s'accordent sur le fait de situer les premières théorisations du néolibéralisme à la fin des années 1930. C'est lors du colloque *Walter Lippman* à Paris en 1938 que les auteurs libéraux sont invités à repenser le libéralisme et à rompre avec la doctrine du laisser faire/laisser passer de la théorie « classique ». On évoquera alors le néolibéralisme comme un « interventionnisme libéral¹ ». Le préfixe « néo » s'inscrit en effet dans la lignée du libéralisme dans sa finalité, puisqu'il place la préservation de la liberté au centre de son projet politique, tout en se posant en rupture avec lui quant aux méthodes : il propose la mise en œuvre de la liberté par le droit et l'État, et fait de ce dernier l'outil de réforme central en faveur de ce projet. On parle alors de « libéralisme repensé » ou, « enrichi² ». C'est la « question du cadre légal le mieux approprié au fonctionnement le plus souple, le plus efficace, le plus loyal du marché », c'est-à-dire la question de « l'interventionnisme juridique » qui est placée au centre de ces réflexions, comme le souligne M. FOUCAULT dans ses travaux consacrés au renouveau de cette théorie politique. Et, si ladite théorie préconise une survalorisation de l'économie, elle s'analyse ici comme une « certaine conception du droit³ », et le marché comme « un modèle juridique avant d'être un modèle économique⁴ ». C'est en ce sens, qu'afin de souligner que le modèle du marché dans cette théorie ne se cantonne pas à un domaine restreint (les relations marchandes), M. FOUCAULT évoque la notion de « gouvernementalité néolibérale⁵ ».

- 2 Si le terme de « révolution » est parfois associé à la théorie néolibérale, plutôt que « révolution néolibérale », c'est davantage l'expression de « contre-révolution néolibérale » que l'on rencontre. Il s'agit ainsi de souligner la rupture avec la « révolution keynésienne » d'après-guerre. Alors que les politiques keynesiennes des Trente Glorieuses prônaient une intervention « active » de l'Etat au sein des structures économiques et sociales, la rupture semble se caractériser par le fait que le libéralisme « renouvelé » tend à mettre en œuvre une intervention « passive » de l'appareil étatique, notamment par le biais d'organes indépendants chargés de garantir la liberté des agents économiques et les conditions réelles de leur véritable mise en concurrence. Parler de "révolution néolibérale", c'est ainsi faire référence à la place centrale de cette doctrine dans les processus de changement des politiques publiques. Ces dernières se caractériseraient par une rupture brutale dans leur orientation, c'est-à-dire un changement brusque d'ordre économique, politique et social produit notamment dans la société française. Ce qui doit être souligné ici, c'est qu'il s'agirait d'une révolution "par le haut": en effet, cette transformation profonde ne renvoie pas à une aspiration populaire mais elle est, au contraire, directement pensée par les élites politiques. On trouve alors évoqué le « tournant néolibéral », avec l'idée, partagée chez une grande majorité d'auteurs, que ce tournant serait davantage le fruit d'« inflexions successives⁶ » qui, s'agissant de la France, se sont systématisées au début des années 1970. C'est d'abord dans le domaine économique que cette démarche trouve le plus de résonance et les exemples sont à ce titre nombreux. Dans ce domaine, comme le soulignent Philippe COLSON et Pascale IDOUX, « les manifestations de l'évolution des méthodes d'action publique dans l'économie consistent en un recul des méthodes interventionnistes classiques et des traits les plus exorbitants du droit qui les encadrait⁷ ».
- 3 Plus que de désengagement, il est en effet plus juste de parler de nouvelles formes d'engagement, qui agissent plutôt sur le plan qualitatif que quantitatif, et qui s'apparentent davantage à un « changement de méthodes⁸ » qu'à des déplacements de fond. Outre les phénomènes de privatisation et d'encadrement des aides publiques, le mouvement de déréglementation constitue le signe le plus marquant de ce processus, produit de l'échec des idées keynésiennes et du succès des théories néolibérales qui font jour à cette période, sous l'influence de F.A von HAYEK ou des auteurs de l'École de Chicago tels que M. FRIEDMAN.
- 4 Les premières autorités administratives indépendantes (AAI) peuvent être analysées comme le produit de cette tendance idéologique qui valorise les actions indirectes et les partenariats sous toutes ses formes, formulée sous la terminologie de « régulation économique », thème aujourd'hui largement étudié par la doctrine. A travers la mise en place de ces entités indépendantes, on perçoit ainsi un État dont le rôle consiste « à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles, et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble⁹ ». Il s'agit d'une matérialisation d'un État qualifié de « régulateur » qui, comme le souligne J. CHEVALLIER, « est indissociable de la perspective néolibérale, faisant du jeu des mécanismes de marché l'élément essentiel du dynamisme économique »¹⁰. L'idée est que le marché est le plus à même de garantir la liberté mais nécessite de mettre en place les conditions de l'égalité, condition première de la libre concurrence. C'est ainsi dans le domaine économique

que les liens entre une nouvelle forme organique - l'AAI - et la théorie néolibérale sont les plus perceptibles.

- 5 Il s'agit ici d'étudier les plus récentes modalités de protection des droits et libertés que constituent les AAI, à travers une confrontation avec une théorie spécifique, celle du néolibéralisme. Ce choix se justifie notamment par les fréquents rapprochements établis, d'une part, entre la notion de régulation et le concept d'AAI et, d'autre part, entre cette même notion de régulation et la théorie néolibérale. C'est notamment dans le domaine économique que ces réflexions ont été les plus fréquentes, parce qu'il est finalement le premier concerné par ladite théorie. Cependant, le néolibéralisme n'a pas vocation à se cantonner au domaine économique mais à s'étendre à l'ensemble des champs économiques et sociaux.
- 6 Dans ce système, l'économie de marché ne se cantonne pas au domaine économique mais est élevée au rang de principe méta-juridique. Il sera dès lors question de s'interroger sur l'influence de la théorie néolibérale sur la mise en œuvre des AAI de protection des droits et libertés ainsi que sur les limites de cette influence, avec l'objectif d'offrir quelques éclairages quant aux modalités de protection proposées par ces entités. Nous montrerons ainsi que, s'il est possible d'établir que les nouveaux mécanismes de protection des droits et libertés que constituent les AAI ne sont pas étrangères à la démarche du « libéralisme repensé » (I), une étude plus fine met finalement en lumière une démarche qui s'en démarque frontalement, voire s'y oppose (II).

I. Les influences de la théorie néolibérale sur les AAI de protection des droits et libertés

- 7 La création d'AAI renvoie, sous plusieurs aspects, à certains tenants de théorie néolibérale. Ces entités ont en effet été pensées dans le cadre d'une réflexion sur la protection des droits dans un régime libéral, tout en mettant largement en lumière la nécessité de l'intervention de l'État dans des domaines sensibles selon des méthodes spécifiques. Ainsi, elles révèlent la volonté pour l'appareil administratif de dépolitiser certaines questions (A), mais aussi de mettre en valeur des préférences et des choix individuels dans la mise en œuvre des droits (B).

A. AAI et dépolitisation

- 8 Lorsqu'il évoque l'institution des AAI, J.-L. AUTIN souligne le fait que ces entités interviennent dans des domaines « où une intervention de l'État est à la fois redoutée et souhaitée¹¹ ». La même idée surgit dans le rapport du Conseil d'État de 2001 lorsque ce dernier évoque que « les AAI apparaissent à la fois comme le symbole du désengagement de l'État, mais aussi comme l'expression de la volonté du même État d'assurer la réalité des garanties¹² ». Ces deux citations mettent en lumière l'ambivalence dans laquelle se situe la théorie néolibérale. Celle-ci se situe, pour partie, dans la lignée du libéralisme classique, car elle rejette l'État en tant qu'entité de pouvoir politique, en faveur du marché, et, pour autre partie, en rupture avec elle au sens où elle rend nécessaire et légitime l'intervention de l'État dans la mise en œuvre du marché comme système politique à part entière. V. VALENTIN renvoie à cette idée en soulignant le fait que le néolibéralisme repose sur la possibilité d'un droit sans l'État,

c'est-à-dire « affranchi du politique¹³ ». En ce sens, l'institutionnalisation des AAI peut s'analyser comme une tentative de dépolitisation, c'est-à-dire comme une entreprise tendant à « retirer tout caractère politique à quelque chose », et « soustraire quelqu'un, un groupe à l'influence d'un parti ou d'une idéologie politique¹⁴ ». Il s'agirait dans notre cadre de soustraire la protection de certains droits et libertés à l'influence des préoccupations, contingentes et parfois liberticides, des forces politiques au pouvoir.

- 9 Dans le domaine de la protection des droits et libertés, la mise en place d'AAI répond à une demande, à un besoin spécifique : il s'agit d'instaurer des mécanismes de protection selon une conception qui tend à « neutraliser » certains domaines, avec l'idée paradoxale que, dans ces domaines, le pouvoir est potentiellement liberticide, mais son intervention indispensable. Comme l'évoque le rapport GELARD en 2006, « la recherche d'un mode d'intervention de l'État plus indépendant apparaît comme le premier motif de création des AAI. Cette recherche de l'indépendance, entendue d'abord comme impartialité, fait des AAI la forme juridique adaptée tant à la régulation de nouveaux secteurs ouverts à la concurrence, lorsque des opérateurs historiques sont encore détenus par l'État, qu'à la protection des droits fondamentaux¹⁵ ».
- 10 Si J.-L. AUTIN tend à y percevoir le signe d'un libéralisme « classique », il est possible, selon nous, de rapprocher cette démarche de l'ambivalence déjà évoquée propre à la théorie néolibérale. Il s'agit de rendre compatible l'intervention de l'État avec le libéralisme politique. L'indépendance des AAI dans le domaine des droits et libertés renvoie à cette « méthode d'action » du pouvoir. Le choix de mettre en place de nouvelles entités dans certains domaines répond à un souci de « protection de certaines libertés publiques par des entités « déconnectées du politique », « sans préjugés partisans » selon la « problématique très classique d'un « Pouvoir neutre » permettant de concilier autorité et liberté, principe démocratique et exigence libérale¹⁶ ».
- 11 L'indépendance de certaines AAI est alors perçue comme une condition de leur légitimité d'action, en rapport avec leur domaine d'intervention. Dans cette perspective, la Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL) doit être indépendante car elle agit dans un domaine où l'administration est perçue comme potentiellement dangereuse quant à la protection de la vie privée des administrés. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) doit quant à lui être préservé de l'influence croissante des médias ; l'ex- Commission nationale de la déontologie de la sécurité (CNDS) devrait être indépendante face aux services de sécurité qui appartiennent organiquement à l'appareil administratif. L'indépendance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) ou du Médiateur de la République, enfin, se justifie de la même manière. La garantie d'impartialité est envisagée comme un préalable nécessaire, une condition *sine qua non* à toute intervention administrative, dans des domaines où c'est initialement l'État qui présente le plus grand danger liberticide.
- 12 Pourtant, les AAI se sont multipliées et leurs actions se sont largement tournées vers les personnes privées : on pense au Défenseur des enfants (DDE), à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) ou à la CNIL dont la compétence s'étend aux fichiers de nature privée ou plus récemment à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la propriété intellectuelle (HADOPI). Dans ces domaines, c'est l'inefficacité des actions qui est pointée du doigt : la HALDE, par exemple, est « née d'un échec du judiciaire¹⁷ », et de tout un système juridique qui prévoyait de sanctionner les discriminations mais qui ne permettait pas de les condamner effectivement. Le même constat peut d'ailleurs s'établir concernant le

CGLPL ou la CNDS, créés pour répondre à la constatation d'une forte carence du contrôle juridictionnel dans ces domaines. En ce sens, c'est un souci de rapidité, de continuité de l'action (notamment par rapport à celle du juge) mais aussi la volonté de simplification des procédures qui justifient la mise en œuvre de telles entités. L'indépendance, dans des domaines où l'État n'est pas directement partie prenante, procède ainsi d'une démarche différente qui vient « étendre » la dimension libérale desdites entités. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans un arrêt de 2010, tend à s'engager en ce sens¹⁸ : dans une affaire concernant l'autorité de protection des données personnelles en Allemagne, la Cour offre une conception large de l'indépendance des AAI qui semble, comme le souligne E. DEBAET, « consubstantielle de la fonction attribuée aux AAI de protection des libertés ¹⁹ ». L'auteur explique que la conception de l'indépendance de la CJUE renvoie à l'idée qu'« un contrôle de tutelle sur l'autorité de protection des données est incompatible avec l'exigence d'indépendance quel que soit le domaine concerné car, même pour les activités du secteur non public, l'État pourrait agir de manière non objective lorsqu'il interprète et applique les dispositions relatives à la protection des données personnelles »²⁰.

- 13 Cette démarche dépolitisante de l'action publique peut également être étudiée sous un autre angle, comme une possible conséquence d'une telle volonté de neutraliser le « Pouvoir ». P. LASCOUMES et P. LE GALES évoquent en ce sens la multiplication et la diversification des instruments d'action publique définis comme des « dispositifs à la fois techniques et sociaux qui organisent les rapports sociaux spécifiques entre la puissance publique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont ils sont porteurs ²¹ ». Selon ces auteurs, la théorie néolibérale influence largement cette « nouvelle vague d'innovations » concernant les instruments de l'action publique et constitue une rupture dans le sens où elle invite à substituer à la question du pouvoir - qui gouverne? -, la question des modalités - comment gouverner? Or, la question de l'indépendance renvoie davantage à une « manière de faire » plutôt qu'au titulaire de la fonction. Ces auteurs mettent ainsi en avant l'idée que la multiplication des outils pourrait s'analyser comme une tentative de « dépolitisier des questions fondamentalement politiques », afin de « créer un consensus minimum de réforme en s'appuyant sur l'apparente neutralité d'instruments présentés comme modernes (...) ²² ».

B. La mise en avant des préférences individuelles par les AAI

- 14 L'ensemble des théories néolibérales s'accordent sur le fait de placer le droit et la réflexion sur les fondements du droit au cœur du débat sur la mise en œuvre d'un projet politique qui vient précisément récuser le politique. Comme le souligne V. VALENTIN, « chaque projet de refondation des institutions juridiques et politiques est au service d'une conception spécifique du droit, qu'il s'agisse de garantir une liberté absolue, l'efficacité économique des règles ou les fondements de la Société Ouverte »²³. Dans ce cadre, la mise en œuvre du marché est rendue possible, en amont, par un droit d'essence non étatique fondé sur deux piliers : l'individualisme et l'auto-régulation²⁴. Dans la lignée du libéralisme « classique », elle préconise le recul du commandement étatique. En rupture avec lui, elle attend de l'État qu'il mette en place des procédures à même de faire émerger un droit qualifié de « spontané » (le *nomos* de HAYEK), c'est-à-dire issu de la volonté individuelle, et non de la participation politique. En effet, dans l'acception néolibérale, la principale fonction du droit est de « (...) permettre la

régulation des conflits entre individus²⁵ ». C'est d'ailleurs sur ce point que se fonde la principale critique néolibérale contre le courant normativiste : l'idée que le droit est avant tout un instrument de pacification sociale, un outil de règlement des conflits. La prise en compte du droit comme outil de pacification, dans un environnement économique et social mouvant, vient ainsi remettre en cause une conception du droit fondée sur la validité des normes juridiques.

- 15 La première remarque que l'on peut ici formuler tient à la place offerte à la liberté individuelle dans la fonction de règlement des différends de certaines AAI. Ces dernières placent au premier plan la satisfaction des victimes, et ont vocation à devenir de plus en plus largement un lieu d'épuisement du conflit. Le Médiateur dès 1973 avait d'ailleurs été institué avec l'objectif premier de créer une procédure entièrement tournée vers l'administré et au sein de laquelle sa volonté occupe une place prépondérante. Si l'on s'intéresse de plus près à la « méthode » de résolution des conflits, il convient de souligner la place centrale laissée aux choix individuels et à la valorisation des choix personnels. Dans son rapport public de 2012, le Défenseur des droits souligne qu'il « recherche, parmi les différents outils juridiques à sa disposition, et en fonction des souhaits du réclamant, la solution la plus appropriée²⁶ ». Il poursuit en évoquant que « la solution adoptée est tributaire de différents facteurs qui doivent être pris en compte » : les souhaits du réclamant (indemnisation, résolution amiable des conflits, sanctions juridiques) est le premier facteur évoqué, avant l'existence ou non d'un recours contentieux, la situation dans laquelle il convient de faire face, les délais escomptés, l'existence et le nombre de situations similaires²⁷. Cela renvoie à ce qu'évoquait L. FERRAND sur la mission de traitement des réclamations individuelles de la HALDE en soulignant que le cœur de sa mission, son objectif premier, était la satisfaction des victimes²⁸.
- 16 Dès lors, alors que la rationalité libérale se demandait comment fonder « le principe de rationalisation de l'art de gouverner sur le comportement rationnel de ceux qui sont gouvernés », le libéralisme « tardif » « se spécialiserait dans l'extension de la rationalité économique à l'ensemble du champs social » au sein duquel chaque individu deviendrait un « entrepreneur » de lui-même²⁹. Au cœur de la pratique politique du néolibéralisme, le principe de « responsabilité » devient ainsi une véritable technique de gouvernement, valorisant l'indépendance individuelle plutôt que la participation politique et étendant la contractualisation à tous les rapports sociaux.
- 17 A cet égard, la notion de contractualisation est fréquemment évoquée en sciences sociales pour mettre en lumière les transformations des rapports sociaux et la montée en puissance du contrat dont le droit est le support. Cette notion envahit tous les domaines avec l'idée que l'instauration de relations horizontales, se substituant à l'autorité de la loi, serait de plus en plus fréquente. Le pouvoir de transaction pénale, accordé originellement à la HALDE en 2006 à défaut d'un véritable pouvoir de sanction, renvoie directement à une telle modalité de contractualisation au cœur de la théorie néolibérale. La loi de 2006 disposait en effet que « si les faits sont constitutifs d'une discrimination (Code pénal ou Code du travail) et si l'action publique n'a pas déjà été mise en mouvement, la HALDE peut proposer le versement d'une amende transactionnelle et l'indemnisation de la victime », celle-ci devant être ensuite homologuée par le Procureur de la République³⁰. Rédigé en termes imprécis et généraux puisqu'il permet au DDD de « proposer la conclusion d'une transaction dont il peut recommander les termes », l'article 28 de la loi organique qui institue le Défenseur

des droits confie à son tour un pouvoir général de transaction à cette AAI constitutionnelle³¹. Le DDD peut ainsi proposer un projet de solution, celui-ci ne peut toutefois aboutir que si la solution proposée obtient l'accord des deux parties. Cette technique repose sur un souci d'éviter un procès en bonne et due forme lorsque les parties s'accordent sur les suites à donner au litige qui les concerne : c'est bien « par l'effet des volontés particulières » que le conflit vient finalement s'éteindre, par un accord entre l'autorité publique et l'auteur des faits.

- 18 Le pouvoir de transaction pourrait ainsi signifier une tendance à la « contractualisation individuelle de la mise en œuvre »³² des droits et libertés protégés par les AAI, en l'espèce le principe d'égalité. Le large pouvoir de médiation accordé au Défenseur des droits³³ renvoie au même processus dans la mesure où il accorde le plus d'importance à l'obtention d'un accord satisfaisant les parties à un conflit. Ainsi, même si ces outils ne signent pas une contractualisation « achevée », c'est-à-dire relevant exclusivement des choix individuels et excluant toute intervention de l'administration ou du juge, ils sont symptomatiques d'une tendance à mettre en avant des préférences individuelles et la technique contractuelle dans la mise en œuvre des droits et libertés.

II. La fonction ambiguë des AAI de protection des droits et libertés

- 19 La théorie néolibérale et les liens qu'elle entretient avec la mise en place d'autorités indépendantes offre un angle de réflexion qui permet de mettre en lumière la fonction particulière de ces entités. Pourtant, si ces dernières s'inscrivent pleinement dans le processus dépolitisation de l'action publique, elles interviennent sur le plan politique selon des modalités spécifiques (A). La philosophie *a priori* libérale de leur création aboutit à une intervention de l'État ambiguë dans le domaine de la protection des droits et libertés (B).

A. La dépolitisation par les AAI en question

- 20 L'indépendance et l'impartialité des AAI ne doivent pas cacher le fait qu'elles ont toutes en réalité vocation à intervenir sur le plan politique : tout dépend finalement de la définition que l'on donne à la notion de dépolitisation. En effet, comme cela a été évoqué, cette notion peut renvoyer à une neutralité dans l'action, c'est-à-dire une mise à l'écart des préoccupations des partis politiques et une mise à l'abri des influences du « Pouvoir ». Il s'agit selon cette acception de qualifier la relation que les AAI entretiennent avec les pouvoirs publics, notamment le pouvoir exécutif et le Parlement. Dans une seconde acception, la notion de dépolitisation peut être plus large et faire référence à la capacité des AAI à "élever" certaines questions en partant du cas individuel vers une échelle plus large, institutionnelle ou non. Dans une étude consacrée aux politiques de luttres contre les discriminations, V.-A. CHAPPE propose une définition de la politisation qui renvoie, « au-delà du seul investissement des arènes politiques institutionnelles », au processus par lequel l'organisation sociale d'un espace social (...) est poussé à évoluer par le biais des épreuves que lui font subir les acteurs individuels ou collectifs ». La dépolitisation serait ainsi définie à travers les forces qui limitent l'expansion d'une action ou qui la « rapetissent »³⁴.

- 21 A partir de cette définition, il est possible de formuler deux séries de remarques. D'une part, l'action des AAI dans le domaine des libertés s'inscrit pleinement au sein des arènes politiques dites « institutionnelles » : l'ensemble de ces entités intervenant dans ce domaine s'est vu confier un pouvoir général de recommandation et d'avis. On parle alors de « pouvoir minimum ». C'est en effet l'une des fonctions de ces institutions : leur capacité à se spécialiser dans un domaine en fait des centres d' « expertise » qui peuvent être sollicités par les autorités normatives selon des modalités différentes. Certaines sont même entièrement inscrites dans ce registre comme le Contrôleur général des lieux de privation de liberté³⁵. On observe d'ailleurs une « vocation politique » exprimée par le législateur de manière plus spécifique : en effet, le Défenseur des enfants avait la possibilité d'émettre des recommandations afin que les stipulations des engagements internationaux dépourvus d'effet direct puissent être incorporées dans les textes nationaux en vigueur³⁶. Quant à la HALDE, sa création par le législateur apparaissait également comme une volonté de permettre l'émergence de revendications ponctuelles sur l'impact de certaines politiques sur le principe d'égalité.
- 22 D'autre part, parce que certaines AAI sont pensées comme des entités de traitements de plaintes individuelles impliquant des droits et libertés, ces dernières renvoient à un processus de dépolitisation par une judiciarisation de certaines questions et de certains enjeux. Cette compétence « para-judiciaire » peut en effet s'analyser comme une tentative de soumettre au droit, entendu largement, des questions relevant pourtant, traditionnellement, du processus politique. Conformément à l'approche néolibérale, ces entités mettraient en lumière un mouvement par lequel l'enjeu politique serait « euphémisé », « le politique se trouvant juridicisé à mesure que le droit se dépolitise³⁷ ». C'est ce que relève tout particulièrement V.-A. CHAPPE au sujet de l'effet propre de la règle juridique dans le domaine des discriminations. En étudiant le « risque dépolitisant du droit à partir de la façon dont les organisations agissent pour donner aux plaintes individuelles ou collectives pour discrimination qu'elles appuient une portée qui dépasse le périmètre visé par la plainte », l'auteur souligne la nécessité d'envisager le droit non seulement comme un obstacle à la politisation d'un enjeu, mais également comme un outil pouvant être exploité dans les confrontations politiques, c'est-à-dire instrumentalisé à partir de la mission de traitement des réclamations individuelles. Il serait alors plus pertinent d'évoquer une « politisation contrainte » ou « restreinte ». Dans ce cadre, « le droit doit donc être considéré comme un format spécifique de l'action qui reconfigure la possibilité pour des organisations d'apporter des modifications à un niveau collectif en ouvrant un certain nombre d'opportunités (...) politiques³⁸ ». Ainsi, sur la base des traitements des réclamations individuelles ou en dehors de tout recours, la HALDE a pu s'exprimer sur un plan strictement politique, tout en utilisant un registre de discours proprement juridique³⁹.
- 23 Par conséquent, de la même manière que de nombreux auteurs ont pu souligner l'impact politique de l'action du juge⁴⁰, l'intervention devant les juridictions des AAI, largement développée après la mise en place du DDD⁴¹, permet également de participer à une action politique du même type, notamment en œuvrant pour la répétition de certaines jurisprudences sur des problématiques ciblées⁴².

B. Le retrait de l'État en question : quelle effectivité des droits et libertés par les AAI ?

- 24 L'avènement de l'État de droit a pu être envisagé comme un « progrès néolibéral⁴³ », notamment à travers la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité. Cette judiciarisation du pouvoir - qui peut être qualifiée de libérale dans la mesure où elle encadre les capacités d'intervention de l'État - heurte toutefois en partie la ladite théorie en ce qu'elle s'avère incompatible avec le principe même d'une Constitution comme norme fondamentale. HAYEK ne considérerait-il pas que les "lois constitutionnelles" limitent les pouvoirs des gouvernants ? Ainsi, considérer la Constitution comme un cadre normatif de référence, la source de l'ensemble du droit, serait une trahison à l'ordre spontané, c'est-à-dire aux normes privées que la doctrine néolibérale entend privilégier. Dans cette perspective, *a fortiori*, le contrôle de constitutionnalité en lui-même peut également s'analyser comme une menace à l'entreprise de dépolitisation revendiquée par le courant néolibéral. Il a ainsi pu être mis en lumière l'idée que le Conseil Constitutionnel procéderait, lors de son contrôle, à une « reconstruction politique de la norme » et que, par conséquent, « le progrès de la démocratie juridique signale moins une libéralisation des institutions qu'une juridicisation de l'Etat-Providence⁴⁴ ».
- 25 Il est possible d'établir ici un parallèle avec l'intervention des AAI qui agissent pour la protection des droits et libertés. On observe en effet un même phénomène de reconstruction, qui dénote une nouvelle forme d'interventionnisme public, aux contours plus flous, mais avec une vocation plus large et plus profonde que la technique d'orientation « classique » des comportements par les textes.
- 26 Tout d'abord, il convient d'évoquer l'idée, omniprésente dans la doctrine que, d'une part, « l'assouplissement de la régulation n'est pas lié au recul de son emprise mais à un souci d'efficacité » et que, d'autre part, la création d'AAI met finalement en exergue la « confiance énorme en la possibilité pour les instances étatiques d'agir volontairement sur la réalité sociale⁴⁵. Les AAI se cantonneraient en effet à mettre en œuvre les principes et règles fixées *a priori* par le Parlement : elles sont chargées de faire respecter des règles voulues par le législateur et non issue d'un ordre spontané⁴⁶. Comme le remarque, dans cette perspective, N. DECOOPMAN, les AAI seraient une forme de déréglementation « si l'on entend par là, dans un sens large, un allègement des contraintes étatiques, un désengagement de l'État central au profit de modes d'intervention plus souples, plus indirects⁴⁷ ». Cependant, l'auteure souligne que la multiplication de ces entités, « loin de traduire une philosophie du laisser-faire, manifeste au contraire une emprise plus forte sur les personnes et les entreprises entrant dans leur sphère de compétence »⁴⁸. Ce alors même que le néolibéralisme, ne renvoie à aucune vision d'ensemble, ne prévoit pas de projet collectif, ne répond à aucune finalité identifiée : il crée finalement un ordre qui « est sa propre finalité » et qui rejette toute idée de planisme et d'objectifs politique posés *a priori*.
- 27 La fonction des AAI de protection des droits et libertés semble ainsi être particulièrement mise en lumière par une réflexion sur caractère libéral de leur intervention. D'une part, « (...) la réduction des éléments de contraintes et d'unilatéralité, l'émergence d'un droit non prescriptif, flou, provisoire, signifie moins le recul de l'arbitraire étatique que la soumission du droit à des objectifs interventionnistes »⁴⁹. D'autre part, et plus spécifiquement, la mise en place de ces

entités indépendantes révèle une transformation de la technique juridique, par laquelle « le droit, devenu instrument technique de gestion, doit s'adapter aux conditions de l'efficacité, pour correspondre à la fonction que lui attribue l'Etat-Providence ». C'est la recherche d'une nouvelle légitimité, fondée sur l'efficacité des actions menées qui fait jour ici par un double mouvement de « juridicisation du social et de socialisation du droit »⁵⁰.

- 28 A cet égard, dès 1988, H. MAISL posait la question de savoir si les AAI dont il est question exerçaient une mission de « protection des libertés ou de régulation sociale »⁵¹. L'auteur soulignait l'idée, concernant la CNIL et le CSA, que « dans ces secteurs, protection des libertés et régulation sociale sont indissociables⁵² ». L'auteur formulait l'hypothèse d'une « double fonction » : une fonction de régulation de la vie sociale et une fonction de protection des libertés. La lecture des manuels d'institutions administratives semble renvoyer à la même idée : tandis que D. MAILLARS DESGREES DU LOU évoque la « régulation des usages de la technique *et ses rapports avec la libertés publiques*⁵³ » concernant la CNIL ou l'HADOPI ou « la protection générale des droits *dans les rapports sociaux ou entre l'administration et les usagers* »⁵⁴ à propos du GGLPL et du DDD, H. OBEDORFF se réfère à une mission de « protection des droits fondamentaux et la *régulation de la démocratie* »⁵⁵ pour qualifier la mission de ces mêmes AAI. Avec la même ambiguïté, P. JAN, alors qu'il mentionne dans un titre la mission de « protection des droits des administrés », souligne que ces entités tendent à la « régulation des rapports entre l'administration et les administrés *qui intéresse la protection des droits et des citoyens* » ou encore « la régulation des activités d'expression qui vise les moyens de communication moderne »⁵⁶. P. WACHSMANN évoque la même idée sous un angle largement critique à propos du DDD en soulignant la rédaction floue des deux premiers alinéas des dispositions de l'article 71-1 de la Constitution⁵⁷. Il affirme que si « la première mission en fait un protecteur des libertés face aux administrations (...), la seconde en fait avant tout, comme c'était le cas du Médiateur de la République, une instance de pacification des relations entre administrés et Administration⁵⁸ », révélant ainsi l'ambivalence de la fonction de l'AAI constitutionnelle.
- 29 S'intéresser à la "révolution néolibérale" et à ses influences sur le domaine non économique, mais profondément politique, que constitue la protection des droits et libertés, permet de mettre en lumière la propension de ladite doctrine à envahir l'ensemble des champs de la vie économique et sociale. Si ces influences sont perceptibles quant à la philosophie originelle de création desdites entités, légitimées par leur caractère non partisan et la promotion d'un individualisme à travers des méthodes spécifiques de règlement des litiges, il convient de relativiser l'impact de cette prétendue révolution dans ce domaine. Celle-ci s'avère limitée sur plusieurs aspects. S'il semble en effet que les AAI tendent à réduire la lutte contre les atteintes à certains droits à un traitement neutre et facilité des conflits individuels, ces entités investissent *de facto* le champs politique, que cette mission soit prévue par les textes ou qu'elle soit le fruit d'une autonomisation des AAI selon les contextes et les opportunités d'actions propres à chacune d'elle. En outre, sous couvert d'une intervention « libérale », c'est-à-dire autonome du politique, la protection des droits et libertés par des méthodes particulières - renvoyant à une fonction de régulation - semble « dissoudre » la dimension juridique d'une telle entreprise en faveur d'une politique sociale active qui s'inscrit finalement dans la continuité donc de l'Etat-Providence.

NOTES

1. Voir notamment les développements de Michel FOUCAULT sur l'émergence de ce courant : FOUCAULT Michel, *Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Hautes Études, Seuil, Gallimard, 2004.
2. VALENTIN Vincent, *Les conceptions néolibérales du droit*, Paris, Economica, Corpus Essais, 2002, p. 10.
3. *Ibid.*, p. 18.
4. *Ibidem.*, p. 14.
5. FOUCAULT Michel, *op. cit.*, p. 198.
6. La majorité des auteurs s'accordent sur le fait que l'on ne peut déterminer un moment unique d'implantation des tenants de la théorie néolibérale dans les politiques gouvernementales. Il est cependant possible d'évoquer des périodes pendant lesquelles l'on remarque une plus grande prise en compte des idées véhiculées par ladite théorie. Ainsi, en France, si l'on trouve certaines idées du « néolibéralisme renouvelé » au milieu des années 1930, les années 1970, comme le soulignent notamment M. FOUCAULT et J. MICHEL, constituent une période charnière dans ce processus en ce qu'elle cristallise « tout l'enjeu d'une politique qui serait globalement néolibérale » (M. FOUCAULT, *op.cit.*, p. 198).
7. COLSON Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, Paris, Lextenso Éditions, LGDJ, 4ème édition, 2008, p. 181.
8. *Ibidem.*
9. CHEVALLIER Jacques, « L'État régulateur », in *RFAP*, n° 111, 2004, p. 478.
10. *Ibidem.*, p. 477.
11. AUTIN Jean-Louis, « Vers un modèle européen d'AAI ? », in GREMION C., FRAISSE R. (dir.), *Le service public en recherche : quelle modernisation ?*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 140.
12. Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, EDCE n°52, Paris, La Documentation française, 2001, p. 279.
13. VALENTIN Vincent, *op. cit.*, p. 11.
14. Définition tirée du dictionnaire Larousse
15. GELARD Patrice, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006), fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, p. 20.
16. AUTIN Jean-Louis, *op. cit.*, p. 142.
17. GELARD Patrice, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, *op. cit.*, p. 26.
18. CJUE, Grande Chambre, 9 mars 2010, *Commission contre Allemagne*, aff. 518/07.
19. DEBAET Emilie, « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'« indépendance » », *VIIIème Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel* : <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf>.

20. DEBAET Emilie, *op. cit.*
21. LASCOUMES Pierre et LE GALES Patrick (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 13.
22. *Ibidem*, p. 27.
23. VALENTIN Vincent, *op. cit.*, p. 15.
24. *Ibidem*, p. 14.
25. *Ibidem*, p. 17.
26. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, La Documentation française, p. 50.
27. *Ibidem*.
28. FERRAND Luc, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in Thierry REVET, Laurent VIDAL (dir.), *Annales de la régulation 2009 (volume n° 2)*, tome n°17, Paris, IRJS Éditions, 2009, p. 163.
29. HACHE Emilie, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, 2007/4, n°28, p. 50.
30. Loi n°2006-396 du 31 mars 2006, article 41, créant l'article 11-1 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE. La transaction peut être une amende transactionnelle dont le maximum est de 3000€ pour une personne physique et de 15000€ pour une personne morale. Un affichage, une diffusion ou une obligation de publication d'un communiqué aux frais de la personne mise en cause. La transaction doit être acceptée par l'auteur des faits et par la victime et doit être homologuée par le procureur de la République. En cas de refus de la transaction ou d'inexécution, la HALDE pouvait mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe. Aussi, les actes de mise en œuvre de la transaction sont interruptifs de la prescription de l'action publique. Enfin, l'exécution de la transaction est une cause d'extinction de l'action publique. Mais la partie civile peut délivrer une citation directe devant le tribunal correctionnel. Ce dernier ne statue alors que sur les intérêts civils.
31. Article 28 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits
32. MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1999, p. 149.
33. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, article 26 : « Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation. Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent ».
34. CHAPPE Vincent-Arnaud, « Le droit dépolitise-t-il la lutte contre les discriminations ? Réflexions sur la portée (a)politique du droit ? », *Congrès AFSP Paris*, accessible : <http://www.congres-afsp.fr/st/st42/st42chappe.pdf>
35. En effet, le CGLPL ne s'est pas vu attribuer de pouvoir de règlement des réclamations individuelles (d'où le caractère « général »). En vertu de l'article 10 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, dans son domaine de compétence, il « émet des avis, formule des

recommandations aux autorités publiques et propose au Gouvernement toute modification des dispositions législatives et réglementaires applicables » (al.1) et il peut les rendre publics (al. 2).

36. Loi n°2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, article 3, dernier alinéa : « Il peut également suggérer toute modification de textes législatifs ou réglementaires visant à garantir un meilleur respect des droits de l'enfant, notamment en transposant en droit interne les stipulations des engagements internationaux visés à l'article 1er qui sont dépourvus d'effet direct ».

37. VALENTIN Vincent, *op. cit.*, p. 240.

38. CHAPPE Vincent- Arnaud, *op. cit.*

39. Il est possible d'évoquer notamment l'auto-saisine de la HALDE contre les tests ADN prévus par la loi Hortefeux de 2007 ou contre le traitement réservé aux femmes lors de la réforme des retraites adoptée en 2010.

40. Voir notamment Jacques COMMALE, Martine KALUSZYNSKI (Dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, Coll. « recherches », 2007, 327 p.

41. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, article 33 alinéa 2 : « Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit ».

42. Voir notamment les interventions répétées du Défenseur des droits au sujet de la rétention administrative des enfants mineurs étrangers, sur la base de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 relative au Défenseur des droits: Décision n° MDE- 2012-98, observations devant la Cour administrative d'appel de Nancy du 22 juin 2012; Plus récemment V. Décision n° MDE-2012-55 relative au placement en centre de rétention administrative d'un étranger se disant mineur isolé sur le territoire (25 mars 2013); Décision n° MDE-2013-66 relative au placement en centre de rétention administrative d'un étranger se disant mineur isolé sur le territoire (4 avril 2013).

43. Vincent VALENTIN, *op. cit.*, p. 257.

44. *Ibidem.*

45. MORAND Charles-Albert, *op. cit.*, p. 210.

46. GAZIER François, CANNAC Yves, *Les autorités administratives indépendantes*, Conseil d'État. Études et documents, n° 35, 1983-1984, p. 261.

47. DECOOPMAN Nicole, « A propos des AAI et de la déréglementation », in CLAM Jean et MARTIN Gilles, *Les transformations de la régulation juridique*, CLAM Jean et MARTIN Gilles, LGDJ, Coll. Droit et société, p. 249.

48. *Ibidem.*

49. VALENTIN Vincent, *op.cit.*, p. 263.

50. LASCOUMES Pierre et SERVERIN Évelyne, « Théorie et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 2/1986, p. 146.

51. MAISL Herbert, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale? », in COLLIARD Claude-Albert et TIMSIT Gérard (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Coll. "Les Voies du Droit", 1988, p. 75.

52. *Ibidem*, p. 76.

53. MAILLARS DESGREE DU LOU Dominique, *Institutions administratives*, Paris, PUF, THEMIS Droit, 2011, 1ère ed., p. 290.
54. *Ibidem*, p.303.
55. OBERDORFF Henri, *Les institutions administratives*, 6ème ed, Sirey, Dalloz, 2010, p. 113.
56. JAN Pascal, *Institutions administratives*, Objectif Droit, Litec, Lexis Nexis, 3ème ed., 2007.
57. Art 71-1 C: al.1: « (il) veille au respect des droits et libertés par les administrations »; al. 2: « (il) peut être saisi par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un SP ».
58. WACHSMANN Patrick, « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, n° 5, 2010. accessible : <http://www.juspoliticum.com/Nouvelles-techniques-permettant-de.html>

RÉSUMÉS

Le début des années 1970 en France renvoie à une période de profonds bouleversements économiques, juridiques et politiques. Afin d'analyser, de comprendre ses transformations, de nombreux auteurs évoquent un renouveau du libéralisme, incarné notamment par des organes spécifiques, les autorités administratives indépendantes (AAI), qui exerceraient une fonction nouvelle, dite de régulation. Il est question ici d'étudier si, et en quoi, cette prétendue "révolution néolibérale" a influencé la mise en place de nouvelles modalités de protection des droits et libertés que constituent les AAI. S'il est possible d'établir de tels rapprochements quant au statut "neutre" desdits organes (indépendance; autonomie) et à la valorisation des choix individuels dans l'exercice de leur mission de règlement des conflits, il convient d'insister sur les limites d'une telle influence, afin de mettre en lumière que la "révolution néolibérale" n'a pas pleinement bouleversé le champ de la protection des droits et libertés. Celui-ci, au contraire, semble s'établir dans la continuité de l'Etat- Providence.

The 1970's in France is a period of deep economic, legal and political transformations. To understand and analyze it, the authors mention how transformed was the liberal theory, in particular through the creation of independent authorities, which are exercising a new fonction of deregulation. This article is about to understand how this so-called neo liberal revolution influenced the creation of new procedures to protect human rights which constitute this independent bodies. If this ideology is not irrelevant to this ideology, in particular through the neutral, non political status of this authorities and the valorisation of individual choices in exercising their mission, the influences are limited on several ways: Indeed the " neo liberal revolution" has not completely made a radical change in the human rights protection by the State, which seems to establish itself in the Welfare state 's continuity.

El inicio de los años 70 lleva en Francia a un periodo de profundos cambios económicos, jurídicos y políticos. Con el fin de analizar, comprender sus transformaciones, numerosos autores evocan una renovación del liberalismo, encarnada sobre todo por órganos específicos, las autoridades

administrativas independientes (AAI), que ejercerían una nueva función, llamada reguladora. Aquí será cuestión de estudiar si, y en qué medida, esta pretendida “revolución neoliberal” ha influenciado la puesta en marcha de nuevas modalidades de protección de los derechos y libertades que constituyen las AAI. Si es posible de establecer tales paralelos en cuanto al estatus “neutral” de dichos órganos (independencia; autonomía) y a la valorización de elecciones individuales en el ejercicio de su misión de resolución de conflictos, conviene insistir en los límites de tal influencia, con el fin de poner à la luz que la “revolución neoliberal” no ha cambiado plenamente el campo de protección de los derechos y libertades. Éste, por el contrario, parece establecerse en la continuidad del Estado de Bienestar.

INDEX

Mots-clés : Autorités administratives indépendantes - Droits et libertés - Néolibéralisme - Dépolitisation - Individualisme - Régulation

Keywords : Independent Authorities - Human rights - Neoliberalism - Depolitisation - Individualism - Legal regulation/deregulation

Palabras claves : Autoridades administrativas independientes - Derechos y libertades - Neoliberalismo - Despolitización - Individualismo - Regulación.